

(RE) PENSANDO
DIREITO

**CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA
(I)LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**“CRITICAL CONSIDERATIONS ABOUT (IL)LEGITIMACY
CRIMINAL INVESTIGATION OF THE BRAZILIAN
GOVERNMENT AGENCY FOR LAW ENFORCEMENT AND
PROSECUTION OF CRIMES”.**

Leandro Rafael Perius⁴⁸

Maiquel Angelo Dezordi Wermuth⁴⁹

Resumo

O artigo aborda um tema bastante debatido e polêmico, que vem gerando grande repercussão no campo jurídico e político da seara processual penal: a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações criminais de maneira autônoma. Sobre o tema, surgiram correntes trazendo discussões tanto pró, quanto contra essa prerrogativa. Nesse sentido, abordam-se os principais argumentos utilizados pelos defensores e críticos, à luz da Constituição Federal, procurando estabelecer um elo de comparação entre estes argumentos. Objetiva-se com o trabalho demonstrar que tal modalidade investigatória é incompatível com as regras constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Investigação criminal. Ministério Público. Constituição Federal. Estado Democrático de Direito.

Abstract

The present work of monographic research brings up a subject highly debated and controversial area of criminal procedure. The discussion on the possibility of the Public Prosecutor conducting criminal investigations autonomously comes generating great repercussion in the juridical and political. In this context emerged currents bringing interesting discussions on the issue, both pro and against. In this sense, we discuss the main arguments used by proponents and critics, in the light of the Federal Constitution, seeking to establish a link of comparison between these arguments. Finalizes concluding that such modality research is incompatible with the constitutional rules of the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Investigation. Public Prosecutor. Federal Constitution. Democratic State governed by the Rule of Law.

48 Bacharel em Direito pela UNIJUL. Advogado. lr.perius@yahoo.com.br

49 Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIJUL. Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUL. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado. Email: maiquel.wermuth@unijui.edu.br

Sumário: Considerações Introdutórias; 1 A realização de investigação pelo ministério público: argumentos favoráveis na doutrina e na jurisprudência brasileiras e o caso da PEC nº 37; 2 A investigação criminal pelo ministério público e o tensionamento dos direitos fundamentais penais do estado democrático de direito; Considerações finais; Referências.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho procura trazer algumas considerações sobre a (i)legitimidade do Ministério Público no que se refere à realização de investigações criminais preliminares de forma autônoma. Tomando como pano de fundo o cenário inaugurado pela Constituição Federal de 1988, que conferiu ao órgão um novo papel institucional – passando a figurar como ente responsável pela ação penal pública, pela fiscalização da administração pública, pelo controle externo da atividade policial, pela defesa dos direitos coletivos, das minorias, menores, incapazes e idosos, e atuando ainda, como *custos legis* –, procura-se problematizar o fato de que, no Texto Constitucional, não ficaram plenamente delimitadas as suas funções no campo da persecução criminal.

Com efeito, o *Parquet* passou a utilizar o argumento de compatibilidade da investigação criminal com as suas atribuições constitucionais, utilizando-se, para tanto, da chamada “teoria dos poderes implícitos”, de modo a justificar a expansão da competência de condução do inquérito civil para procedimentos criminais, atuando de forma concorrente com a Polícia Judiciária. Ocorre que tal atividade vem sendo incansavelmente questionada, principalmente pelos Delegados de polícia, advogados e magistrados, o que tem suscitado posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes acerca do assunto.

Neste contexto, o presente artigo procura apresentar os principais argumentos defendidos pelas correntes favoráveis e contrárias à investigação criminal pelo Ministério Público. A discussão é estabelecida sob a ótica dos lineamentos impostos ao processo penal pelo Estado Democrático de Direito e pelos princípios que orientam o *jus puniendi* estatal nesse modelo.

A REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS E O CASO DA PEC Nº 37

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a ter um papel bastante diferenciado no cenário constitucional, com um aumento significativo de suas funções. A instituição passou a ter autonomia funcional e administrativa, o que ampliou a abrangência da sua área de atuação, sendo-lhe atribuída, inclusive, a fiscalização do Poder Público e o controle externo da atividade policial.

Foi conferida ainda pela Carta Magna a unidade⁵⁰, a indivisibilidade⁵¹, a independência funcional⁵² e a autonomia administrativa e financeira⁵³ como princípios institucionais. O Ministério Público foi dotado, ainda, de garantias como vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, para que, por meio de seus membros, pudesse exercer de modo satisfatório a sua função no Estado Democrático de Direito.

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal definiu o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Usando de tais prerrogativas no campo da persecução penal, o ente ministerial passou a conduzir investigações criminais autônomas, utilizando-as como subsídios para o ajuizamento de ações penais. Buscando justificar essa atuação, o Ministério Público sustentou que as funções da instituição previstas no artigo 129 da Constituição Federal

50 O Ministério Público possui divisão meramente funcional, ou seja, a manifestação de um de seus membros ou órgãos é o posicionamento de toda a instituição do Ministério Público.

51 Os membros do Ministério Público agem em nome da instituição, e não por eles mesmos. Desta forma, não ficam vinculados aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos.

52 Cada membro do Ministério Público tem inteira autonomia em sua atuação, não estando sujeito a ordens de superiores hierárquicos do MP ou de outra instituição.

53 O Ministério Público é dotado de autonomia para realizar a sua própria dotação orçamentária. Pode editar atos relacionados à gestão de seu quadro de pessoal e de seus bens.

são meramente exemplificativas, havendo assim, a possibilidade de serem criadas por lei novas atribuições compatíveis com sua finalidade.

A questão vem gerando debates e polêmicas, havendo controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Estabelece-se inclusive uma verdadeira “disputa” entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, que busca ver declarada sua hegemonia na condução de investigações policiais. A atividade investigativa do Ministério Público vem sendo contestada principalmente pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Associação dos Delegados de Polícia (ADEPOL), que inclusive questionaram tal legitimidade em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁵⁴.

Feitas essas primeiras colocações, esclarece-se que o presente tópico tem por objetivo analisar os argumentos que são utilizados para justificar a legitimidade investigatória do *Parquet*. Nesse sentido, pode-se asseverar que os argumentos justificadores da atividade investigatória do Ministério Público utilizados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras amparam-se basicamente na denominada “Teoria dos Poderes Implícitos” e na não exclusividade investigatória da polícia judiciária. A teoria dos poderes implícitos, criada pelos constitucionalistas norte-americanos, defende a ideia de que quando a Constituição confere a um órgão alguma atribuição, também confere a ele os meios necessários para realizá-la, de forma implícita, por se tratar de decorrência lógica e natural. Isso significa que, para cada

54 BRASIL. STF. ADIN 3806/DF. ADEPOL e Conselho Nacional do Ministério Público e outros. Questionamento, Art. 026, 00I, “a”, “b” e “c” e inciso 0II, da Lei nº 8625, de 12 de dezembro de 1993; incisos 00I, 0II e III, do art. 007º e art. 008º, incisos 00I, 0II, 0IV, 00V, VII e 0IX; arts. 038 e 150, 00I, 0II e III, da Lei Complementar nº 075, de 20 de maio de 1993; e da Resolução nº 013, de 02 de outubro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. STF. ADIN 3836/DF. OAB e Conselho Nacional do Ministério Público. Questionamento, Resolução nº 013, de 02 de outubro de 2006, da lavra do e. Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. STF. ADIN 3317/RS. ADEPOL e Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e outros. Questionamento: Alíneas “a” e “c”, do parágrafo único, do art. 111, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (inconstitucionalidade material) inciso XXXIX, do art. 025, da Lei nº 7669, de 17 de junho de 1982, com a nova redação dada pelo art. 003º, da Lei nº 11350, de 12 de julho de 1999 (LOMP/RS), alíneas “a”, “b”, “c”, do inciso III e inciso 00V do art. 032, da mesma Lei Orgânica, com as alterações produzidas pela Lei nº 11583, de 2001 e, por arrastamento consequencial (inconstitucionalidade forma), a totalidade da Resolução nº 003, de 2004 - OECMP, de 23 de setembro de 2004, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Rosa Weber. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2014

função instituída, são implicitamente atribuídos amplos poderes para o seu desenvolvimento. Nessa ótica, a Constituição Federal de 1988, ao conferir ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I), possibilitaria ao órgão colher os elementos preliminares necessários para o ajuizamento da ação.

Acerca do tema, Lima (2007, p. 86) salienta que é claro o propósito do legislador constituinte em cancelar a atividade investigativa do Ministério Público na seara criminal, haja vista que, “podendo o Ministério Público o mais, ou seja requisitar a instauração do inquérito e diligências investigatórias (hoje imperativo constitucional, previsto no artigo 129, VIII) obviamente poderá o menos, ou seja, dispensá-lo, colhendo diretamente a prova.”

Segundo o referido autor, a colheita direta da prova visando a subsidiar a instauração de futura ação penal é uma decorrência lógica das atribuições previstas no artigo 129, inciso VIII, da Constituição, ou seja, decorrente da atribuição principal do Ministério Público. Assim, entende que a colheita direta da prova preliminar poderá ser realizada pelo *Parquet* nos casos que entender conveniente e necessário (LIMA, 2007).

No mesmo sentido, leciona Moraes (2006, p. 554) que, entre as competências implícitas do Ministério Público, não pode ser afastado o poder investigatório criminal, viabilizando que “em casos que entenderem necessários, [os Promotores de Justiça] produzam provas para combater, principalmente a criminalidade organizada e a corrupção”. Não parece razoável ao autor “o engessamento do titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas.” Aduz ainda o doutrinador que o órgão ministerial não pode se manter inerte frente à criminalidade, devendo atuar de maneira independente na colheita de provas, pois suas prerrogativas o favorecem para resultar em uma investigação mais efetiva nos crimes complexos.

Segundo a doutrina de Capez (2012, p. 150), o art. 129, I, CF, confere ao Ministério Público

a tarefa de promover privativamente a ação penal pública, à qual se destina a prova produzida no curso da investigação. Ora, quem pode o mais, que é oferecer a própria acusação formal em juízo, decerto que pode o menos, que é obter os dados indiciários que subsidiem tal propositura. Ademais, esse mesmo artigo 129, em seu inciso VI, atribuiu-lhe o poder constitucional de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, bem como o de requisitar (determinar) informações e documentos para instruí-los, na forma da lei. Tal procedimento administrativo, pela natureza das requisições e notificações, tem cunho indiscutivelmente investigatório e é presidido pelo Ministério Público.

De acordo com este autor, a tarefa de produção de provas é ato preparatório da ação penal, sendo plenamente justificado que o órgão incumbido de formalizar a ação penal em juízo possa produzir os elementos para tal. Nesse sentido, também argumenta que o inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, deixou uma lacuna, quando citou “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Assim, diante do contexto das atribuições que lhe foram expressamente atribuídas, a investigação criminal estaria plenamente compatível com a titularidade da ação penal pública e a defesa dos direitos coletivos (CAPEZ, 2012).

Nesse sentido, assevera Mazzilli (2007) que o dispositivo em comento pode ser conceituado como uma norma de encerramento, uma vez que, após enumerar várias atribuições e instrumentos ministeriais, num rol que não é taxativo, o legislador termina com uma norma aberta, permitindo alcançar outras hipóteses análogas, dentro do espírito contextual.

Esse entendimento doutrinário passou a ser aceito por parte da jurisprudência, que passou a julgar válida a investigação preliminar ministerial, conforme se depreende da análise do julgado do STJ a seguir colacionado:

CRIMINAL. HC. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL

QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA. 1- **São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.** 2- Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes. 3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal. 4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o parquet o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia. 5- “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Súmula n.º 234/STJ). 6- Ordem denegada (grifei) (BRASIL, 2007)

Extraí-se do voto da Ministra Relatora Jane Silva (Brasil, 2007) que “dentro das finalidades e atribuições do órgão ministerial insere-se o poder da investigação criminal, compatível com a natureza do Ministério Público e indispensável à implementação de seus objetivos constitucionais”.

Percebe-se, portanto, que os Tribunais Superiores já reconheceram que a investigação criminal é compatível com as finalidades e atribuições do Ministério Público, considerando como indispensável para alcançar seus objetivos constitucionais. Desta forma, a teoria dos poderes implícitos passou a ter bastante aceitação nos tribunais brasileiros, que atualmente a vem reconhecendo como válida, legitimando, assim, o Ministério Público como órgão de investigação.

Outro argumento utilizado pelos defensores da legitimidade investigatória do Ministério Público é aquele segundo o qual não existe exclusividade da Polícia Judiciária na condução das investigações criminais. Sustenta-se, nesse sentido, que o artigo 144 da Constituição Federal apenas delimita a área de atuação das polícias, para que não haja interferência na competência de outro órgão, de modo que não há falar em atribuição exclusiva da investigação aos órgãos policiais.

Acerca desta exclusividade lecionam Streck e Feldens (2006, p. 87) que

ao referir-se à “exclusividade” da Polícia Federal para exercer funções de “polícia judiciária da União”, o fez a Constituição foi tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo artigo 144. Daí por que, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil “apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas” (art. 144 §1º, I), pois que, no espectro da polícia judiciária, tal atribuição está reservada à Polícia Federal.

Ainda sobre o tema convém ressaltar o posicionamento de Capez (2012) no sentido de que a atividade investigatória jamais foi exclusiva da polícia. Lembra o autor que no ordenamento jurídico brasileiro também exercem essa função, exemplificativamente, a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), O Ministério da Justiça, por meio da COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal, os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, a Receita Federal, o STF, o STJ, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados. Logo, não haveria motivo plausível para excluir justamente o Ministério Público deste rol, considerando que os resultados das investigações empreendidas pelos órgãos citados também servem de subsídios para o ajuizamento de ações penais. Ademais, o autor refere que muitas destas investigações

são realizadas por meio de procedimentos administrativos, sem a interferência dos órgãos policiais.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Ministério Público está entre o rol dos órgãos que podem realizar investigações criminais preliminares, conforme se depreende do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. 1. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF. A celeuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por

que não lembrar, mutatis mutandis, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.
[...] 3. ORDEM DENEGADA. (grifei) (BRASIL, 2012, grifou-se)

Segundo o voto do Relator do acórdão, Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2012), é inconcebível manter o Ministério Público e outras instituições longe da atividade investigativa, pois se trata de incumbência constitucional destes. Como exemplo de competências congêneres, o Ministro cita o caso da atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), das investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), da Receita Federal, do Bacen, da CVM, do TCU, do INSS e, ainda, as sindicâncias e os processos administrativos realizados no âmbito dos poderes do Estado.

Da análise destes elementos resta evidente que o posicionamento dos Tribunais Superiores vai ao encontro da doutrina que defende o Ministério Público como legítimo órgão investigador no processo penal brasileiro.

No campo legislativo, buscando solucionar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da temática, foi proposta pelo Deputado Lourival Mendes, do PT do B do Maranhão, uma proposta de Emenda Constitucional que visava a monopolizar a investigação criminal no âmbito de competências da Polícia Judiciária. A PEC 37 – intitulada por seus apoiadores de “PEC da Legalidade” e pelos seus críticos de “PEC da Impunidade” – gerou inúmeras discussões em todo o país. O Projeto de Emenda Constitucional buscava acrescentar um parágrafo ao artigo 144 da Constituição, no qual estaria previsto expressamente que a atividade investigativa é de competência exclusiva da Polícia Judiciária.

O Ministério Público promoveu campanhas e atos em âmbito nacional, buscando a rejeição da proposta, sustentando ser a PEC uma forma de manter a instituição longe da investigação criminal, principalmente diante do fato das investigações conduzidas pelo Ministério Público estarem voltadas diretamente ao combate à corrupção no alto escalão da sociedade, dentro dos órgãos públicos,

e, principalmente, em casos de crimes econômicos em face da coletividade.

Utilizando-se destes argumentos, o ente ministerial contou com o apoio maciço da população brasileira contra a PEC, tanto que ela chegou a ser uma das reivindicações da onda de protestos realizados no país em 2013. Desta forma a emenda foi rejeitada contando com 430 votos contrários, e apenas 9 a favor. No entanto, mesmo após a rejeição da proposta de Emenda à Constituição, a questão não está pacificada.

Grande parte da doutrina jurídica pátria entende que, mesmo não sendo legítimo ao promotor de justiça presidir o inquérito policial, este poderá buscar provas através de diligências próprias, em um procedimento denominado de PIC (Procedimento de Investigação Criminal). Trata-se de procedimento de tramitação interna do Ministério Público, estadual ou federal, por meio do qual se buscam os indícios de autoria e de materialidade necessários para o ajuizamento de ações penais.

O PIC está regulamentado na Resolução n.º 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o artigo 8º da Lei Complementar 75/93, e o artigo 26 da Lei n.º 8.625/93. Nos termos desta legislação, verifica-se que o PIC tem características semelhantes ao Inquérito Policial, no sentido de conferir determinadas garantias ao investigado, tais como: o direito ao silêncio, à publicidade e o direito de ser acompanhado por advogado. Assim, a doutrina favorável à atividade investigatória do Ministério Público define-a como bastante vantajosa, e capaz de produzir resultados bastante satisfatórios.

Segundo Calabrich (2007, p. 131-136) podem ser enumeradas diversas vantagens decorrentes da investigação do Ministério Público: a independência funcional permite melhor eficiência na investigação de crimes cometidos no âmbito da estrutura governamental, uma vez que os administradores podem exercer poder hierárquico sobre a atividade policial, ainda mais nos casos em que os próprios investigados pertencem aos órgãos policiais. O autor também considera o fato

de que como *dominus litis*, poderá o órgão ministerial conhecer antecipadamente as provas e informações produzidas, evitando a obtenção de provas e informações não relevantes. Ademais, por meio do exercício investigativo, poderá o Ministério Público se convencer antecipadamente da inexistência de autoria ou materialidade de crime, evitando desperdício de tempo e material.

Em sentido diametralmente oposto, há setores da doutrina e jurisprudência pátrios que entendem que, a partir do sistema de garantias constitucionais penais, não é permitido ao Ministério Público conduzir de maneira autônoma as investigações criminais preliminares, tendo em vista a falta de previsão legal nesse sentido. Além disso, argumenta-se que a investigação pelo órgão ministerial representa um desrespeito ao sistema acusatório de garantias, bem como uma afronta à paridade de armas entre acusação e defesa. O posicionamento contrário à investigação pelo Ministério Público será detalhado na sequência.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O TENSIONAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PENAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Considerando os argumentos lançados no tópico anterior, e defendidos pela corrente doutrinária e jurisprudencial que entende legítima a investigação presidida pelo *Parquet*, pretende-se, no presente item, empreender uma análise mais aprofundada dos argumentos contrários a essa prerrogativa, com o objetivo de demonstrar a sua inconstitucionalidade.

Com efeito, dotar o ente ministerial de poderes investigatórios na seara processual penal fere gravemente a Constituição Federal. Isso porque o processo penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório, sendo caracterizado pela presença de garantias constitucionais ao acusado, dentre as quais estão o direito ao contraditório e à ampla defesa, a igualdade de armas, o direito ao silêncio, etc.

O sistema acusatório é caracterizado pela separação das funções, ou seja, cada ente possui atribuições próprias, havendo a repartição das responsabilidades. Assim, a investigação preliminar é realizada pela Polícia Judiciária, o Ministério Público acusa perante o juízo, o réu se defende através de advogado, e o juiz julga. Essa separação de funções é crucial para o funcionamento saudável do sistema acusatório (ROXIN, 2000). Acerca do tema leciona Lopes Junior (2012, p. 119) que

o Sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Portanto, neste sistema, no qual todo cidadão é dotado de garantias frente ao poder punitivo do Estado, deve haver uma limitação dos poderes estatais, proporcionando, assim, a contenção do arbítrio punitivo. Afinal, como destaca Jardim (1999, p. 337), o verdadeiro Estado de Direito “não pode prescindir de mecanismos de controle de seus órgãos públicos”, sendo que este controle “deve ser efetivado seja pelas instituições da sociedade civil, de forma difusa, seja pelos próprios órgãos estatais.” Desta forma, quando são levados em consideração os fundamentos do Estado Democrático de Direito e as premissas constitucionais, percebe-se claramente a necessidade de contenção do estado de polícia, pois nenhum poder estatal pode ser absoluto e superior aos demais. Nesse sentido, Zaffaroni (2007) afirma que é necessário haver um controle do poder punitivo do Estado, a fim de que este não extrapole os seus limites e interfira no sistema de garantias do cidadão, permitindo que o estado de polícia se sobreponha ao Estado Democrático de Direito.

Deste modo, impende destacar que a investigação ministerial fere o equilíbrio do *jus puniendi* estatal, tendo em vista que dota o ente ministerial de poderes incontroláveis, gerando uma situação típica de um modelo policialesco, que deve ser repelida em um

Estado Democrático de Direito. Com efeito, a investigação ministerial preliminar causa um acúmulo de funções e excesso de poder a um único ente, ou seja, acaba desequilibrando a pirâmide processual, no sentido de que, ao conduzir as investigações e produzir a prova preliminar, a acusação não está mais no mesmo patamar da defesa, ferindo o princípio da paridade de armas e consequentemente, causando prejuízos aos acusados. Lopes Jr. (2003, p. 97) assevera, nesse sentido, que a transformação da investigação preliminar em uma via de mão única acentua a desigualdade entre as futuras partes, com graves prejuízos ao sujeito passivo. Para o autor, a investigação preliminar pelo Ministério Público converte-a em “uma simples e unilateral preparação para a acusação, uma atividade minimista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa.”

Ainda, cumpre chamar a atenção para o fato de as investigações ministeriais não serem regulamentadas (CHOUKR, 2005), ou seja, não há lei quanto ao seu procedimento, apenas resoluções internas do Conselho Nacional do Ministério Público, contra as quais foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Destaca-se, também, que não há qualquer órgão que realize o seu controle, ou seja, o Ministério Público se autocontrola.

Esta ausência de regulamentação abre margem à realização de investigações secretas, “de gaveta”, sem que o Judiciário e até mesmo o acusado tenham qualquer informação, posto que não há nenhuma lei quanto ao procedimento a ser adotado, acerca do acesso de advogados aos autos, do sigilo, e não há qualquer critério de quem será e quem não será investigado.

Trata-se, portanto, de um modelo de investigação que não é compatível com o Sistema Acusatório adotado pela legislação pátria, podendo inclusive se aproximar do Sistema Inquisitivo, há muito superado. Lopes Jr. (2012, p. 127) ao se referir ao Sistema Inquisitivo afirma que ele “foi desacreditado – principalmente – por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.” O autor deixa claro que existe uma antagônica diferença entre as atividades de

investigar e acusar, defender e julgar, sendo, portanto, um retrocesso voltar a admitir que tais atividades possam ser desempenhadas por um mesmo sujeito processual.

Ademais, cumpre registrar que em nenhum dispositivo da Constituição, ou da legislação infraconstitucional, está prevista a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais autônomas. Ao realizar uma leitura pormenorizada do artigo 144 da CF/88, percebe-se que estão explícitas as competências investigatórias, subdivididas entre os diversos órgãos policiais, mas em nenhum momento é citado o Ministério Público.

No artigo 4º do Código de Processo Penal, está determinado que “a Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria.” Ainda merece relevo o artigo 129 da Constituição Federal, no qual estão elencadas as funções institucionais do Ministério Público, a fim de se ressaltar que a investigação preliminar não está contemplada entre essas funções, sendo tão somente conferido ao órgão ministerial o poder requisitório, ou seja, a prerrogativa de acompanhar a investigação por meio de requisições de diligências e através do controle externo, mas não através da investigação autônoma, sem qualquer participação da polícia judiciária.

Ainda, descabida a argumentação de que o inciso IX do artigo 129 da CF possibilitaria a investigação preliminar, pois esta seria compatível com a finalidade do Ministério Público. Neste sentido é o parecer do constitucionalista José Afonso da Silva (s.d.) solicitado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

Percorrem-se os incisos em que o artigo 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontrará nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via da interpretação o que foi rejeitado.

Salienta-se, nesse sentido, que o doutrinador acima citado foi assessor da Constituinte que definiu o novo perfil institucional do Ministério Público, e segundo as palavras deste autor, em nenhum momento se quis instituir o órgão ministerial como ente dotado do poder de realizar investigações subsidiárias. Assim, deve ser considerado que a Constituição, ao não conferir expressamente a possibilidade investigatória ao órgão ministerial, não o fez em face das premissas do Estado de Direito, respeitando os direitos e garantias individuais. Em outras palavras: não foi objetivo do constituinte dotar o Ministério Público do poder investigatório.

É imperioso ressaltar, também, que a Constituição Federal não deixou espaço para a compreensão de que se está diante de um poder implícito do órgão ministerial. Isso porque esta teoria – dos poderes implícitos – somente tem cabimento quando há lacuna legislativa relativa a alguma competência, ou mesmo a falta de legislação, o que não se enquadra na hipótese da investigação ministerial (BITENCOURT, 2011). Neste sentido, estão claramente definidas no artigo 129 da Constituição Federal as competências do *Parquet*, e no artigo 144 a competência para apuração das infrações penais. Portanto, não há nenhuma lacuna ou omissão legislativa acerca do assunto.

Diante deste contexto, convém esclarecer que a Constituição Federal não abre espaço a poder implícito, ou seja, a busca de subsídios para o ajuizamento de ações penais é atividade autônoma, tão importante quanto a acusação em juízo, sendo que esta deve ser realizada por um órgão imparcial. Ainda, ressalta-se que, diferentemente do que ocorre no setor privado, os órgãos públicos somente podem fazer aquilo que a lei permite.

Nesse sentido, ensina Canotilho (1999, p. 494-495) que

são claros os limites dos poderes implícitos: eles não podem subverter a separação e a interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente estabelecida, estando em especial excluída a possibilidade de eles afetarem poderes especificamente atribuídos a outros órgãos.

Portanto, é através desta “questionável” interpretação legislativa, que o Ministério Público está investigando, acusando, e em determinados casos, tal atividade tem sido considerada como válida, resultando em condenações. Parece bastante irresponsável utilizar-se de uma interpretação constitucional tão controversa para flexibilizar direitos e garantias constitucionais, através de “poderes implícitos”.

Ainda, cumpre destacar que a lei estabeleceu o Ministério Público como ente responsável de conduzir os inquéritos civis, não havendo referência alguma a procedimentos criminais. Portanto, não é compatível com a finalidade constitucional do órgão ministerial a investigação preliminar.

A Constituição legitimou o Ministério Público como *custos legis* da investigação policial, podendo requisitar diligências e a instauração de inquéritos. Ou seja: a intenção do legislador foi dotar órgão com o poder de requisitar a instauração de procedimentos policiais, e não conduzir o procedimento sem a participação da polícia judiciária.

Outrossim, o ente ficou encarregado de realizar o controle externo da atividade policial. Neste sentido, parece bastante ilógico encarregar um órgão de realizar o controle de uma atividade que este mesmo realiza, de maneira concorrente.

A questão da constitucionalidade da investigação criminal do Ministério Público ainda está para ser analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Enquanto isso, em casos concretos, já foram tomadas decisões em ambos os sentidos, havendo entendimentos divergentes entre os ministros. Na decisão a seguir ementada, o STF reconheceu que a norma constitucional apenas dotou o Ministério Público do poder de requisição, não lhe sendo permitido realizar diretamente diligências investigatórias:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIRÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do

Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. **A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.** Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. (grifei) (BRASIL, 2003)

Deste modo, nota-se que em nenhum momento houve a intenção por parte do constituinte em atribuir tais poderes ao Ministério Público. Portanto, não se pode admitir que interpretações diversas possam flexibilizar a aplicação de normas constitucionais, rompendo com os paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Também merece relevo o fato de a Lei Maior ter atribuído a investigação criminal preliminar às Polícias Judiciárias, órgãos que foram dotados de estrutura e recursos humanos a fim de desempenhar com eficiência e imparcialidade a coleta de provas preliminares. Os delegados e agentes policiais são submetidos a constantes treinamentos de aperfeiçoamento para que possam atuar de maneira correta e eficaz, produzindo assim os resultados esperados pela sociedade.

Destaca-se que tal tarefa é árdua, pois há um contato direto com a criminalidade, exigindo muito dos policiais, que não raras vezes trabalham em condições desumanas, com um imenso acúmulo de trabalho, sofrendo com a falta de investimento na atividade. Esses fatores ainda tem provocado certo descrédito na instituição, pois tem seu trabalho rotulado como ineficaz. Todavia, apesar de os órgãos policiais estarem sobrecarregados de trabalho, com insuficiência

de recursos humanos e tecnológicos, baixa remuneração, etc, não é aconselhável dotar outros órgãos de poderes investigatórios, contrariando as disposições constitucionais, sob a alegação de que assim será resolvido o problema da impunidade. É necessária uma política de maior valorização das polícias e mais investimento nesta atividade.

Ademais, deve-se levar em consideração que no sistema acusatório as funções jurisdicionais são divididas entre os diferentes órgãos jurisdicionais, devendo a investigação preliminar ser realizada por órgão imparcial, respeitando assim todas as garantias constitucionais. Tendo em vista que a legislação pátria se filia ao modelo acusatório é que ficou estabelecido constitucionalmente que os órgãos encarregados de realizar a apuração de crimes são as Polícias Cíveis dos Estados e a Polícia Federal, exceto nos casos de crimes militares, e ainda, ressalvada a competência dos órgãos administrativos. Nesse sentido, Nucci (2012, p. 84) refere que

a Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária –, na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (artigo 144). Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento.

Nesse ponto, também é oportuno enfatizar que em qualquer fato delituoso que se investiga, deve haver imparcialidade por parte do agente investigador, devendo ser coletados todos os elementos de convicção. Deste modo, é necessária a busca das provas que interessam à acusação, mas também aquelas que poderão ser utilizadas pela defesa.

Dotar o órgão de acusação de poderes investigatórios rompe totalmente com esse paradigma de imparcialidade, podendo causar graves prejuízos à defesa do investigado. Deve ser levado em conta que o órgão acusatório poderá dispor de um ponto de vista acerca da autoria e materialidade de determinado fato delituoso e somente colher os elementos que confirmem este entendimento, já que, como ressalta

Lopes Jr. (2003, p. 97), “na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais que uma direção.” Ou seja, provas que interessam à defesa poderão, nesse modelo, ser ignoradas.

Portanto, na seara processual penal, o Ministério Público é parte. Logo, não é dotado de imparcialidade, sendo o titular da ação penal pública. As provas preliminares que este produzir na fase pré-processual vão ser utilizadas por ele mesmo em juízo, no qual buscará a condenação do investigado.

Nestes termos, é bastante provável que o Ministério Público conduza as investigações com um enfoque voltado para a acusação, e seu trabalho será voltado a conseguir as provas necessárias para o oferecimento da denúncia. O investigado poderá nem ter acesso ao teor da investigação, tampouco requerer diligências no sentido de colaborar com uma melhor elucidação do fato, procedimento este que é reprovável no Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão é dotado de garantias frente ao Estado de Polícia.

Acerca do tema Aury Lopes Jr. (2012, p. 283) observa que

o argumento da imparcialidade do MP é uma frágil construção técnica facilmente criticável, pois é contrário a lógica pretender a imparcialidade de uma parte. [...] Além disso, o MP é uma parte fabricada para cumprir com os requisitos do sistema acusatório, para ser o contraditor natural do imputado. Só assim nasce o conflito do qual brota a luz da verdade para o juiz. Logo, a pretendida imparcialidade do MP vai de encontro à necessidade de sua existência. [...] Em síntese, o argumento de imparcialidade de uma parte acusadora não se sustenta.

De acordo com o autor é da natureza do Ministério Público ser parcial na estrutura dialética do processo. Portanto, totalmente irracional exigir que este atue com imparcialidade. Deste modo, há uma acumulação de funções junto a um órgão, ou seja, a investigação e a acusação, tornando o Ministério Público um órgão “superdotado” e parcial, o que rompe fatalmente com o pressuposto de igualdade entre acusação e defesa.

A ideia de igualdade, ou de paridade de armas, assume posição central no processo penal brasileiro. Este princípio decorre do artigo

5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade do devido processo legal. Logo, ambas as partes estão em patamar de igualdade, e juntamente com a figura do Estado-Juiz, formam a pirâmide processual.

Tal princípio é decorrente do mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei, encontrado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República. Segundo este, as partes devem ter suas questões tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção das desigualdades. Ressalta-se ainda que tal princípio apenas poderá sofrer mitigações em face do princípio do *favor rei*, segundo o qual o interesse do acusado possui certa prevalência sobre a pretensão punitiva do Estado.

A paridade de armas é princípio basilar no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o desrespeito a este fere gravemente a Constituição. Acerca deste tema, Ferrajoli (2006, p. 565) refere que

para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, [...], a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Conforme o citado autor, é necessário que as partes estejam num mesmo plano, dotadas das mesmas capacidades e dos mesmos poderes, e ainda, em qualquer ato de prova deve ser admitido o contraditório. Deste modo, dotar o Ministério Público do poder investigatório rompe totalmente com o paradigma da igualdade processual. O *Parquet* entra em juízo com as provas por ele selecionadas e produzidas, sem que a defesa tivesse qualquer acesso a estas, o que lhe proporciona um poder muito maior do que a defesa.

Desta forma, legitimar o Ministério Público como condutor de investigação criminal autônoma pode dificultar a competição entre acusação e defesa em igualdade de condições, resultando em

prejuízos irreparáveis ao direito de defesa do cidadão investigado, desestruturando assim as bases do Estado Democrático de Direito, modelo que garante o respeito aos direitos humanos, aos direitos e garantias individuais e coletivos e à separação dos poderes através de regras de direito. De acordo com Zaffaroni (2007, 169) “os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de Polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra poder absoluto”.

Conforme o autor supracitado o Estado Democrático de Direito pleno é alcançado com a eliminação do Estado de Polícia. Ou seja, com o total respeito das garantias fundamentais do cidadão, o que vem ocorrendo gradativamente ao longo dos anos, com avanços e oscilações, já que

estas couraças (ou corsés) de contenção que foram sendo construídas através dos tempos não eliminaram o Estado de Polícia, apenas o encapsularam. No interior de todo Estado de direito histórico, que detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é, em maior ou menor medida, bem sucedido. (ZAFFARONI, 2007, 169)

Neste contexto, pode-se afirmar que o direito deve buscar a perfectibilização do Estado Democrático, evitando abusos e desequilíbrios, bem como o totalitarismo e a concentração do poder. Desta forma, o Direito Penal deve oferecer garantias a todo cidadão a fim de que este não seja lançado às garras do poder punitivo do Estado, sem a observância das garantias fundamentais. Nesse sentido, continua Zaffaroni (2007, p. 173) ao afirmar que “o direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de Direito.” Desse modo, “o direito penal de um Estado de direito [...] não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias do cidadão como limites redutores das

pulsões do Estado de Polícia, sob pena de perder a sua essência e conteúdo”, sob pena de, ao agir de outro modo, passar a “liberar poder punitivo irresponsavelmente” e, com isso, contribuir “para aniquilar o Estado de direito”, erigindo-se em uma “ramificação cancerosa do direito do Estado de direito.”

Trazendo estes ensinamentos para o caso estudado é oportuno ressaltar que a legitimação do Ministério Público como órgão investigador e acusador faz com que este seja dotado de “superpoderes”, passando a ocupar um patamar acima dos demais sujeitos na estrutura processual. Ocorre que para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito é de essencial importância que os órgãos, instituições e entes estatais tenham as suas atribuições e competências delimitadas legalmente.

Ou seja, cada órgão realiza as atribuições da sua esfera de competência, sem a intervenção de outros órgãos. Neste contexto, o acúmulo de poder junto a determinado organismo estatal é uma forte tendência ao cometimento de abusos e ilegalidades, tendo em vista a dificuldade na definição das responsabilidades.

Neste sentido é que a atribuição das competências de investigação e acusação a diferentes órgãos ficou estabelecida constitucionalmente, tendo em vista que se buscou a preservação dos cidadãos do poder punitivo do Estado. Portanto, ao dotar o Ministério Público do poder investigatórios apenas se está aumentando desenfreadamente o poder punitivo do Estado de Polícia, o que é altamente reprovável em um Estado de Direito, particularmente porque coloca em xeque o sistema acusatório que lhe é peculiar.

O Sistema Acusatório é aquele onde a produção das provas está concentrada nas mãos das partes, de forma igualitária, ou seja, regido pelo Princípio Acusatório. Neste sistema, o juiz deve manter a inércia e a imparcialidade. Este sistema é caracterizado principalmente pela separação das funções de julgamento e acusação, pela plena igualdade entre as partes, inércia e imparcialidade do Juiz, pelas garantias do acusado, sendo estas, a liberdade como regra, a presunção de inocência, entre outras.

De acordo com Streck e Oliveira (2012, p. 45)

é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pela qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus*, onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado.

Desta forma, a premissa maior do Princípio Acusatório é a igualdade das partes na produção das provas frente a um juiz imparcial. Assim, para este sistema se manter equilibrado, não pode haver qualquer desequilíbrio na possibilidade de produção de provas pelas partes. Para tanto, na busca deste equilíbrio na estrutura processual é que a Constituição Federal atribuiu as funções jurisdicionais a órgãos diversos. A prova pré-processual é produzida, em regra, pela Polícia Judiciária, que deve manter a imparcialidade na sua colheita. Ao término desta etapa, o resultado das investigações é disponibilizado às partes processuais.

Na fase processual há um embate entre a acusação e a defesa, o qual deve se dar em igualdade de condições e paridade de armas, perante um juízo imparcial que tem o poder de decisão e não deve se contaminar com a coleta de provas. Nesse diapasão, este duelo entre acusação e defesa deve se dar dentro do equilíbrio estrutural do Princípio Acusatório. Nenhuma das partes poderá ter mais poderes que a outra. A produção de provas deverá ser feita em igualdade de condições. Qualquer prova poderá ser contraditada. Possibilitando que se evite ao máximo possível, a ocorrência de arbitrariedades e injustiças.

Este sistema é que possibilitou o nascimento do Direito Penal de garantias, que dota o cidadão de possibilidades de defesa frente ao poder punitivo estatal, podendo assim, em tese, enfrentar em pé de igualdade esse poder. Ferrajoli (2006, p. 18) afirma que, nesse modelo, “a pena fica excluída da incerteza e da imprevisibilidade”, dado que presa “a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na

direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo.”

Deste modo, é este aparato de garantias que possibilita o funcionamento equilibrado do Sistema Acusatório. Portanto, ao legitimar o Ministério Público da possibilidade de realizar a produção de provas preliminares, resta claro que está rompido o equilíbrio proposto pelo princípio acusatório. O órgão ministerial já ingressa na fase processual com uma grande vantagem em face à defesa, pois já possui um vasto aparato de provas produzidas, em relação às quais sequer pode ter havido a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Portanto, o acusado já entra em um processo inclinado para a acusação, o que lhe causará uma grande dificuldade de fazer prevalecer a sua tese defensiva, eis que a acusação já conta com uma quantidade de provas produzidas, o que lhe ocasionará ainda uma maior facilidade de repeti-las perante o Juízo.

Nestes termos, a única conclusão que se pode extrair acerca da atividade que vem sendo desempenhada pelo Ministério Público é que não respeita as bases do Estado Democrático de Direito. Lopes Jr. (2012, p. 282) afirma que, “em síntese, é um modelo típico de utilitarismo judicial, de um Estado de Polícia e não de um Estado de Direito.”

Deste modo, diante de todo contexto apresentando, e à luz da Constituição Federal, dos princípios basilares do Direito Processual Penal, é que pode concluir pela inconstitucionalidade da investigação preliminar criminal presidida pelo *Parquet*. No sistema acusatório brasileiro as atividades investigativas devem ser exercidas pelas autoridades policiais, sob pena de violação do disposto no art. 144, §1º, IV, do Texto Constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar-se do tema da investigação criminal é preciso levar em consideração que tal atividade atinge bens jurídicos individuais e coletivos. Portanto, é de fundamental importância que para sua realização sejam respeitados os direitos e garantias individuais estabelecidos constitucionalmente.

A investigação criminal produzida pelo próprio Ministério Público não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, e está sendo realizada baseada em uma interpretação legislativa que flexibiliza os direitos e garantias individuais dos investigados. A Constituição Federal é clara ao estabelecer as competências de investigação e acusação. A lei maior prima pela separação das funções jurisdicionais da persecução penal, adotando o Sistema Acusatório, no qual o cidadão é dotado de garantias frente ao Poder de Polícia do Estado. Assim busca-se evitar a ocorrência de abusos e arbitrariedades por parte do poder soberano, o que é uma premissa fundamental do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal de Garantias.

Pelo que ficou demonstrado, a matéria está distante de ser pacificada, e vem causando uma grande disputa entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, dividindo o posicionamento entre os doutrinadores e aplicadores do direito. Após uma análise dos elementos trazidos à baila no presente trabalho, pode-se concluir que dotar o ente ministerial de legitimidade para conduzir procedimentos investigativos criminais de forma autônoma afronta gravemente o equilíbrio do Sistema Processual Penal. Percebe-se claramente a ocorrência de um avanço do Estado de Polícia sobre as garantias individuais do cidadão.

Para um bom equilíbrio do Estado Democrático de Direito é indispensável a fixação legal das competências e atribuições dos órgãos estatais. Ademais, é inaceitável a flexibilização de direitos e garantias claramente previstas na lei maior através de uma interpretação desta mesma lei, rompendo com diversos princípios basilares do Direito Processual Penal.

No momento em que se legitima o Ministério Público como órgão investigador, rompe-se com conquistas fundamentais conseguidas ao longo dos tempos no campo do Direito Penal, como a imparcialidade do órgão investigador, a paridade de armas no processo penal, a limitação do Poder de Polícia, etc, fulminando as bases do Sistema Acusatório.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público. Revista Criminal – Ensaios sobre a Atividade Policial. V.15. Set. 2011.** Disponível em: < http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf >. Acesso em 29 out. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 out. 2014.

BRASIL. Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em 02 nov. 2014.

BRASIL. Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: < http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_mp_cnmp.pdf >. Acesso em 28 out. 2014.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra, Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **O Ministério Público e o controle da atividade policial.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstituindo o discurso autoritário. In: BONATO, Gilson (org). **Processo Penal: leituras constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2000.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-jose-afonso-silva-pec-37.pdf> >. Acesso em 29/10/2014.

STF - HC: 84965 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 10-04-2012 PUBLIC 11-04-2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1899767> > Acesso em 29/10/2014.

STJ - HC: 84266 RJ 2007/0128840-3, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 04/10/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.10.2007 p. 336. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=727002&num_registro=200701288403&data=20071022&formato=PDF > Acesso em 29/10/2014.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Recebido: 18-10-2015

Aprovado: 30-11-2015
